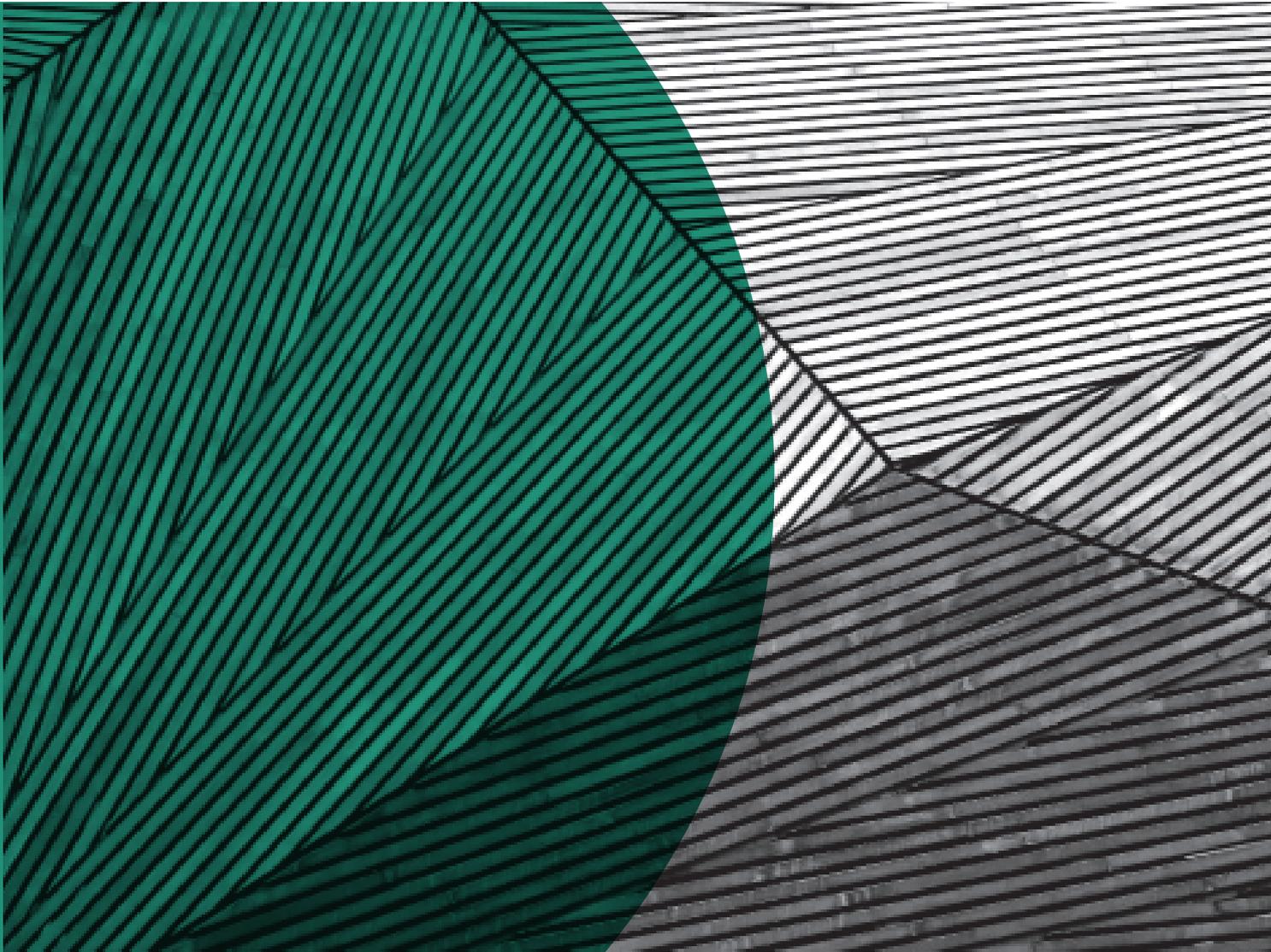


A TIPICIDADE DAS FORMAS CONTRATUAIS ATÍPICAS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL DO PETRÓLEO

FRANCISCO JOSÉ SERRA BRIOSA E GALA



A TIPICIDADE DAS FORMAS CONTRATUAIS ATÍPICAS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL DO PETRÓLEO

Francisco José Serra Briosa e Gala

Trabalho final no âmbito da Pós-Graduação em Direito da Energia,
da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Coordenação: Senhor Professor Jorge Miranda e Senhora Professora Carla Amado
Gomes

ABREVIATURAS E SIGLAS

a. - Ano

art. – Artigo

Cit. – Citado/a

Cfr. – Conferir

CPI – Índice de Percepção de Corrupção (“Corruption Perception Index”)

Ed. – Edição

FDI – Investimento Directo Estrangeiro (“Foreign Direct Investment”)

IMF – Fundo Monetário Internacional (“International Monetary Fund”)

IOGC – Empresa Internacional de Gás e Petróleo (“Major international oil and gas companies”)

ITB – Transacção Comercial Internacional (“International Business Transactions”)

JOA – Joint Operation Agreement

MNC – Empresa Multinacional do Sector Petrolífero

n.º - Número

ONG – Organizações Não Governamentais

PD – País Detentor de Recursos Retrolíferos

pp. – Página / Páginas

PSC – Contratos de Partilha de Produção (“Production Sharing Contracts”)

ss.- Seguintes

SOE – Empresas Públicas (“State Owned Enterprises”)

v. – Ver

vol. – Volume

A TIPICIDADE DAS FORMAS CONTRATUAIS ATÍPICAS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL DO PETRÓLEO

Francisco Briosa e Gala¹

Sumário: 1. Prefácio; 2. Notas Introdutórias; 3. O sentido da tipicidade e atipicidade dos contratos; 4. Enquadramento quanto ao âmbito das formas contratuais típicas no comércio internacional do petróleo; Delimitação do objecto de estudo; 5. O PSC; 5.1. Definição; 5.2. O “núcleo central” do PSC: as suas cláusulas típicas; 5.3. A situação contratual ideal e a ocorrência de conflitos na negociação e vida de um PSC; 5.4. As 5 premissas ocultas na análise negocial de um PSC; 5.4.1. Elevado Risco; 5.4.2. Fase da avaliação corre por conta da MNC; 5.4.3. As partes não estão em igualdade negocial devido à extrema necessidade de investimento dos PD; 5.4.4. Mercado imperfeito; 5.4.5. Os monarcas actuam quase sempre em interesse próprio e não no interesse da população; 5.5. Análise crítica de algumas das cláusulas típicas do PSC e apresentação de alternativas; 5.5.1. Cláusula da Comercialidade e o direito de revogação do projecto; 5.5.2. Cláusulas de Bónus; 5.5.3. Cláusula de Estabilidade; 5.5.4. Cláusula de cessão da posição contratual e os acordos “Farm in/Farm out”; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1 – Prefácio

Apesar de vivermos num momento em que as questões suscitadas pelos recursos energéticos assumem uma importância cada vez maior, continua a ser escassa a produção legislativa e doutrinária sobre a regulamentação do fenómeno energético em todas as suas variantes.

Em boa verdade, quer o acesso aos recursos energéticos situados em “territórios de ninguém”, quer a problemática da contratação internacional no sector, quer mesmo a adequação das regulamentações nacionais face a uma crescente escassez dos mesmos, reclamam um maior estudo e uma maior dedicação dos académicos pelo mundo fora.

¹ Aluno de Pós-Graduação em Direito da Energia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. O presente trabalho corresponde à versão final do relatório entregue para avaliação no âmbito da Pós-Graduação em Direito da Energia, sob a coordenação do Professor Jorge Miranda e da Professora Carla Amado Gomes.

É perante este cenário, que é de louvar a existência de uma pós-graduação dedicada ao tema, e que apresentamos esta contribuição, ainda que modesta, ao tratamento de uma das muitas variantes do fenómeno energético. Neste caso, uma variante contratualista, pouco estudada em Portugal.

Na nossa academia, o Direito da Energia é ainda um ramo incipiente e, como tal, pouco estudado. Quando o é, é-o sob um prisma de um ramo do Direito Administrativo, em leitura apenas publicista do fenómeno. Por esta razão, agradecemos também à Sra. Professora Carla Amado Gomes pela abertura e incentivo dado à elaboração do presente trabalho.

Pretendemos, assim, analisar o fenómeno energético do ponto de vista contratual, expondo os tipos de contratos internacionais mais comuns no sector, instanciações com diversas especificidades não reconduzíveis a qualquer categoria geral que exibam. Pensamos estarem a emergir novas formas de contratos cujas especificidades justificam uma análise e categorização autónoma – apesar de, no que tem emergido, se tender a partir da estrutura contratual das *joint ventures* e de outras tipologias complexas como os PSC.

Tendo em conta os interesses por detrás de muitos desses contratos nem sempre estes são tornados públicos, existindo como que um “véu” sobre eles. Importa contribuir para levantar esse véu, expondo as fórmulas contratuais utilizadas, muitas delas atípicas.

Por outro lado, pretendemos analisar o impacto desses contratos, quando celebrados entre multinacionais e Estados “produtores de petróleo”, em especial os de países em desenvolvimento com especiais necessidades de investimento externo. Queremos apurar se o modelo utilizado tem contribuído para uma melhoria da situação desses países e seus cidadãos.

A nível político e económico, questões energéticas estão permanentemente na agenda dos países mundiais.

É o momento de passar a estar, também, na agenda dos académicos.

2 – Notas Introdutórias

O padrão de desenvolvimento económico dos países em desenvolvimento tem vindo a ser largamente condicionado pelas características próprias das negociações entre as multinacionais energéticas e os Estados. Tanto *upstream* quanto *downstream* da

exploração de recursos energéticos, os formatos contratuais utilizados têm impactos político-sociais de monta e importa pô-los em evidência.

Normalmente, a negociação e a contratação no sector energético são feitas por recurso a estruturas contratuais complexas, a final enquadradas e dirigidas à estruturação de uma operação de financiamento assente nos princípios tradicionais do denominado *project finance*², modelo que permite a captação de recursos necessários à concretização de elevados investimentos mas que permite, e pressupõe, uma mitigação dos riscos políticos e económicos dos mesmos investimentos, assente no estabelecimento de relações de longa duração, em que os Estados, “titulares” dos recursos energéticos a explorar, acabam por aparecer como verdadeiros parceiros comerciais.

O propósito fundamental é, precisamente, o de ir ao encontro dos contratos em que usualmente se fundam estas relações e, em especial, do modo como, nos mesmos contratos, se procura assegurar a mitigação de riscos antes referidos.

Por outro lado, interessa-nos ainda sublinhar que as soluções usualmente adoptadas a este propósito, de que são exemplo as cláusulas de estabilidade ou de pagamento de bónus, também não são imunes a um juízo crítico pelos efeitos indirectos que lhes surgem associados, sendo crescente o interesse pela sua comparação com outras abstractamente possíveis. Basta pensar que o pagamento de bónus por multinacionais às entidades estaduais tem aberto portas à corrupção e à conseqüente má governação em inúmeros países africanos, constituindo a causa à qual se pode ligar até a não abertura das contas públicas à análise do FMI e conseqüente pedido de financiamento à República da China, num movimento já chamado de “colonialização chinesa de África”³.

Nesta sede, propomos ponderar a possibilidade de alternativas – como, por exemplo, a sua substituição por cláusulas que imponham antes uma obrigação de financiamento de obras públicas e respectiva manutenção enquanto o contrato de exploração vigore.

² Para uma descrição sumária mas bem elaborada sobre o Project Finance, aconselha-se a leitura do artigo de Diogo Leónidas Rocha e Bruno Ferreira, “A essência do *project finance*”, in *Semanário Económico*, Março de 2009.

³ “Pela abordagem política já, neste momento, se destacam claramente os EUA e a China, em pontos opostos do espectro: os primeiros intervindo em favor da boa governação com programas que beneficiam directamente a iniciativa privada empresarial (AGOA) e/ou o bom governo (Millenium Challenge Account) a segunda, na base de “amigo não empata amigo”, facilitando trocas de bens e serviços e financiando, a taxas muito interessantes, poderes que não estão em condições de se submeter ao escrutínio da banca internacional.” – cfr. Manuela Franco, “*Petroleo em Português? Em Prol de uma Política Africana*”, in *Nação e Defesa*, n.º 114, Verão 2006, 3ª série, pp. 31.

Registe-se, a concluir, que a análise que se pretende fazer é ainda relevante atendendo a que, neste domínio, tem sido hábito que os padrões negociais utilizados, quando repetida e (muitas vezes) acriticamente usados, acabam por se ver elevados a soluções estabilizadas que vão moldar a futura *lex mercatoria*⁴, contribuindo assim para moldar o próprio tratamento jurídico relevante em sede de contratação internacional.

3 – O sentido da tipicidade e da atipicidade dos contratos⁵

Ao abrigo do exercício da liberdade contratual as partes são livres de ajustarem os seus interesses negociais como melhor lhes convenha, sem ficarem limitadas aos contratos tipificados, ou seja, aos contratos previstos e regulados na lei.

Essa faculdade vem prevista expressamente, quanto ao nosso ordenamento jurídico, no art. 405 do Código Civil.

Nestes termos, é usual a distinção doutrinária entre contratos típicos e contratos atípicos: ou seja, entre contratos reconduzíveis a um tipo ou espécie legalmente previsto e regulado e contratos não reconduzíveis a nenhuma espécie ou tipo de contratos com disciplina legal.

Estes últimos, que aqui nos interessam, são celebrados no exercício da mais pura liberdade contratual: o das partes, dentro dos limites da lei, desenharem a fórmula negocial que melhor vá ao encontro dos seus interesses.

Contudo, aproveitando o carácter polissémico da palavra “tipo” e saindo do campo da dogmática jurídica⁶, os contratos apesar de legalmente atípicos, podem ser

⁴ “The first gap is the kind of legal academic literature that identifies and analyzes certain transactional patterns representing MNC’s behaviours, as these transactional patterns become part of the “law of the contract” (*lex contractus*) governing the parties conduct. When these transactional patterns are repeatedly used, they are elevated to legal norms that help shaped international economic Law, or modern *Lex mercatoria*” – Cfr. Wendy N. Duong, “*Partnerships with Monarchs – Two Case Studies: Case one – Partnerships with monarchs in the search for oil: Unveiling and re-examining the patterns of Third World economic development in the petroleum sector; Case two: Partnerships with monarchs in the development of energy resources: Dissecting and independent power Project and re-evaluating the role of multilateral and Project Finance in the international energy sector*”, in *The Journal of International Economic Law at the University of Pennsylvania Law School*, vol. 25 e vol. 26, pp. 1182-1183.

⁵ Sobre o tema v. Rui Pinto Duarte, “*Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*”, Coleção Teses, Almedina, 1998, em especial pp. 17-40.

⁶ Como refere Rui Pinto Duarte, ob. cit., pp. 33, “acrescente-se ainda, como factor de agravamento da confusão terminológica, que os juristas, em considerações de índole não dogmática, utilizam o substantivo “tipo”, por influência do pensamento sociológico, adjectivado como “social”, “real” e “empírico”, para designar modelos formados a partir da observação da realidade social.”

socialmente típicos⁷. Basta, para o efeito, que desempenhem uma função económico-social, que estejam difundidos na prática negocial e que exista de alguma forma uma recepção pela ordem jurídica⁸.

É precisamente o caso do PSC: não é reconduzível a um qualquer tipo regulado na nossa lei⁹ e desempenha hoje e cada vez mais um papel que preenche claramente os três critérios atrás expostos quanto à tipicidade social. Perante a possibilidade e a necessidade das partes auto-regularem os seus interesses de modo diferente do até aí feito, e atendendo à ausência de uma disciplina legal, nasceu e está para ficar o PSC.

É este o sentido da nossa afirmação e título do presente trabalho: ou seja, a tipicidade social das formas contratuais legalmente atípicas no comércio internacional do petróleo.

Quanto ao regime jurídico aplicável aos contratos atípicos, e porque saíria certamente do escopo do presente trabalho, remetemos para obras dedicadas ao tema¹⁰.

4 - Enquadramento quanto ao âmbito das formas contratuais típicas no comércio internacional do petróleo; Delimitação do objecto de estudo

Em boa verdade, as actividades associadas à indústria petrolífera são usualmente, quer pelos técnicos e engenheiros do sector, quer pelos advogados e comunidade académica em geral, objecto da seguinte tripartição¹¹, mormente tendo em conta as transacções comerciais que vão dar azo: *Upstream*; *Midstream*; *Downstream*.

⁷ Num sentido diferente Helena Brito, segundo a qual “só poderá falar-se de contratos atípicos em relação a contratos absolutamente novos, que não correspondam, nem aos tipos legais, nem a qualquer dos tipos sociais aceites em determinada ordem jurídica.” - Maria Helena Brito, “*O Contrato de Concessão Comercial*”, Almedina, 1990, pp. 169 e segs.

⁸ Apontando estes critérios, Helena Brito, ob. cit., pp. 170.

⁹ O que à primeira vista se poderia atribuir ao facto de no nosso país não existir uma indústria “Upstream”, mas na realidade a situação é semelhante em países com forte indústria e actividades “Upstream” como sejam, os EUA, o Reino Unido, ou Angola. É, assim, realmente um contrato atípico em todos os ordenamentos jurídicos sobre os quais investigámos.

¹⁰ Cfr. Rui Pinto Duarte, “*Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*”, Coleção Teses, Almedina, 1998; Pedro Paes de Vasconcelos, “*Contratos Atípicos*”, Almedina, 1995; Ascensão, José de Oliveira – *O Direito: Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira*, Almedina, 11ª edição, 2001; Maria Helena Brito, “*O Contrato de Concessão Comercial*”, Almedina, 1990, pp. 169 e segs, entre outras.

¹¹ Contudo, alguma doutrina considera a existência apenas de duas fases, incluindo aquilo a que chamámos “*midstream*” na “*downstream*”; veja-se, Paulo Marques, ob. cit., “À laia de cartão de visita, a indústria petrolífera apresenta-se a si própria como uma actividade a duas mãos. De um lado o “Up-Stream”, de outro o “Down-Stream”. A dualidade, diga-se, é adoptada, inclusivamente, pela estrutura e organização interna das companhias petrolíferas. Importa fixar o sentido e alcance de cada uma das expressões. Com a locução: “Up-Stream” quer-se significar toda actividade de pesquisa e produção de

Cada uma destas categorias corresponde uma fase do processo produtivo de energia a partir do petróleo, a saber: a prospecção, descoberta e extração do petróleo em estado bruto (“*Upstream*”); o transporte e conversão do petróleo em estado bruto num produto energético utilizável (“*Midstream*”); e o refinamento, venda e distribuição ao consumidor do produto energético acabado (“*Downstream*”).

Cada uma destas categorias de actividades é objecto de um tratamento negocial distinto, uma vez que envolve diferentes necessidades de capital, de risco e de meios tecnológicos, entre outros. Cada uma destas actividades levanta, assim, problemas legais específicos que devem ser objecto de uma análise em separado, não obstante ser útil uma leitura sobre todas as fases para se conseguir ter um olhar de conjunto sobre o importante processo que vai desde a decisão de explorar determinado local¹² até ao simples acto de pôr combustível numa viatura.

Contudo, o nosso objecto de estudo circunscreve-se à contratação na indústria petrolífera “*Upstream*” e, dentro desta, apenas à análise e problematização do modelo contratual denominado PSC.

Não obstante, não prescindimos de lhe fazer um breve enquadramento, quer perante a evolução histórica da indústria, quer perante os outros modelos contratuais usuais na actividade “*Upstream*”.

Historicamente têm sido usados dois grandes sistemas com origens distintas, sendo que cada um deles comporta uma variadíssima diversidade de hipóteses contratuais: o modelo de concessão ou “royalty/tax system” (anglo-americano) e o modelo contratual (francês).

Sobre o modelo de concessão, cabe apenas mencionar dois aspectos: o seu abandono e a sua histórica e real desadequação como meio de proporcionar um esquema de repartição de vantagens e encargos equitativo e apto a promover o desenvolvimento dos PD.

Quanto ao modelo contratual, antes de entrarmos na análise detalhada do PSC, actual forma *standard*, cabe fazer uma simples e sucinta referência às outras formas contratuais amplamente difundidas e, ainda hoje, bastante utilizadas.

petróleo. Com a locução: “Down-Stream”, abarcam-se todas as actividades da indústria do petróleo que vão do transporte à comercialização, passando pela distribuição do óleo. A junção das duas completa o ciclo do negócio.”, pp. 20.

¹² Para uma descrição sucinta do processo de pesquisa e exploração de petróleo v. Paulo Marques, ob. cit., pp. 21 e 22.

Sem sermos exaustivos, até que por limitações de espaço não o poderíamos ser, temos: o Contrato de Prestação de Serviços (em que a MNC é compensada pela sua prestação de serviços) que se divide nos sub-modelos: (1) Clássico ou Puro – em que a MNC recebe uma quantia independentemente do sucesso da actividade (muito raro hoje em dia); (2) Contrato de Risco (“*Risk Service Contract*”) – No qual a MNC apenas recebe uma quantia se e quando o petróleo for encontrado e produzido, assumindo assim sozinha o risco do insucesso da exploração; As *Joint Ventures*, as quais são também sujeitas a divisão doutrinária, a saber: *incorporated joint venture* ou *unincorporated joint venture*, consoante dêem ou não origem a um novo ente societário, apresentando-se, neste último caso, como um simples contrato de consórcio.

Por último, temos o PSC (“*Production Sharing Contract*”) que analisaremos mais detalhadamente.

O surgimento desta nova forma contratual deveu-se a um longo processo histórico-jurídico de evolução de formas contratuais mais prejudiciais para os PD.¹³ Estes, num movimento gradual de consciencialização perante a importância da matéria-prima que possuíam, começaram, com uma frequência crescente, a manifestar o seu desagrado pelas condições então propostas pelas MNCs, revelando até, em alguns casos, a intenção de renunciar os contratos clássicos vigentes à época. Nas palavras de Paulo Marques¹⁴ “(...) o momento de viragem, se é que a mesma pode ser apreendida num único instante, ocorre entre o final da segunda guerra e os anos 50. Durante esse período, e no que mais não foi do que o “pôr em cima da mesa” reivindicações há muito caladas, os países de acolhimento exigiram a revisão das “antigas” concessões. Mais do que os altíssimos dividendos resultados da exploração petrolífera, até então pertença das IOC’s, os países de acolhimento procuraram o “poder do óleo”, por verem no seu exercício a capacidade de fazer recuperar o orgulho nacional ferido de décadas.”¹⁵

Com o objectivo de manter os PD interessados no investimento, uma vez que “sem ovos não se fazem *omoletes*”, as grandes MNC começaram a alterar sucessivamente

¹³ Que encontra no extremo oposto a concessão ou a prestação de serviços pura, regimes dos quais, na larga maioria dos casos, resulta uma divisão de lucros extremamente inequitativa e não permite um controlo eficaz sobre as actividades das MNCs bem como, a final, não concedem a propriedade dos meios tecnológicos e não fomentam a formação profissional de agentes locais .

¹⁴ Que segue neste ponto a lição de Francisco Correa Guedes.

¹⁵ Cfr., ob. cit., pp. 29

os seus padrões negociais tendo em meados dos anos 60 surgido pela primeira vez na Indonésia um PSC¹⁶, contrato esse que continua a ser utilizado como modelo paradigmático nos dias de hoje.

Como nos diz Wendy N. Duong, o PSC tem sido o modelo dominante durante as últimas três décadas e é o actual modelo *standard* para os negócios de exploração de petróleo pelo mundo fora, com uma ratio de 5 para 1 para com os *Service Contracts*¹⁷.

5. O PSC

5.1. Definição

Nesta sede, prescindiremos de expor e de analisar conceitos como contrato (bem como os problemas jurídicos conexos com a sua formação), empresa pública, MNC e outros afins. Assim, a título de exemplo, não analisaremos se estamos perante um negócio jurídico bilateral ou plurilateral¹⁸, não analisaremos as consequências de possíveis vícios na formação do contrato, não analisaremos o conceito de empresa pública ou de MNC, nem a forma pela qual a escolha de uma MNC em detrimento de outra/outras pode ser feita¹⁹, e isto não porque não sejam questões interessantes mas apenas pela simples razão de que num estudo académico, que se pretende sério, há que fazer opções e limitações do objecto a analisar.

Assim, para a presente análise, bastar-nos-á a seguinte factualidade, que apresentaremos a título de definição, embora em rigor, não passe de uma mera descrição do fenómeno: o PSC é um contrato pelo qual um PD e uma (ou várias coligadas) IOGC participam na exploração e extracção de petróleo, num esquema de repartição de encargos típico, a saber: o PD concede o direito de exploração exclusivo de determinada zona do seu território (“*contract area*”); por seu lado, a IOGC assume o risco geológico, financeiro e operacional na fase de prospecção, sendo que caso chegue a uma descoberta comercial irá recuperar os custos através da produção (ou seja, *crude oil* e não o dinheiro da venda), para posteriormente a mesma ser repartida

¹⁶ No mesmo sentido, Paulo Marques, ob. cit., pp. 31, “(...) corria o ano de 1967 quando a Indonésia, pela primeira vez, fez impor o modelo de PSA.”

¹⁷ Cfr., Wendy N. Duong, ob. cit. pag. 1222.

¹⁸ Analisando esta problemática, Paulo Marques, ob. cit. pp. 38 a 40, concluindo que “(...) O PSA é um negócio jurídico multilateral.”

¹⁹ A título de exemplo, poderá ser por concurso público (aberto ou limitado) ou ajuste directo.

de acordo com o percentual predeterminado. Por fim, a parte da produção correspondente à IOGC é ainda sujeita a tributação e os equipamentos e instalações, no final do contrato, reverterão para o PD²⁰.

5.2. - O “núcleo central” do PSC: as suas cláusulas típicas²¹

Delimitado o nosso objecto de análise, cabe agora dissecar o seu clausulado típico, ainda que, muitas vezes, por mera referência a características que, de uma forma ou de outra, não-de ser estipuladas por via contratual: (1) A propriedade dos minerais permanecerá Estadual (com excepção do crude oil depois de extraído); (2) Previsão de cláusula contendo as mais variadas definições; (3) Previsão de cláusula com definição da área contratual (“*contract área*”) pelo PD; (4) A MNC e o PD são parceiros comerciais partilhando custos (após a primeira fase, a que chamaremos de prospecção) e ganhando lucros; Contudo, é usual a preocupação de estipulação de uma cláusula afastando qualquer intenção de criação de um ente societário autónomo; (5) Negociação de uma produção conjunta: Previsão económica da partilha da produção, ou seja, das percentagem e dos valores que vão para o PD e dos que vão para a MNC²²; (6) Previsão de cláusula com estipulação de prazo de exploração e, caso se verifique uma descoberta comercial, prazo de produção, findo o qual o contrato termina; (7) Previsão de uma cláusula de comercialidade; (8) Previsão de uma cláusula que estipule direito de exploração exclusiva da MNC, caso seja descoberto petróleo; (9) Previsão de um “programa de trabalhos”²³; (10) Previsão de

²⁰ Definição, ou em rigor descrição, idêntica v. Marilda R. De Sá Ribeiro, “*As joint ventures na indústria do petróleo*”, Renovar, 1997, pp. 130.

²¹ Para uma descrição, apesar de sucinta, bastante esclarecedora sobre o conjunto de direitos e de deveres que conformam o PSC – v. Paulo Marques, ob. cit., pp. 40 a 48.

²² Fórmula de cálculo: Value of Petroleum – (Expenses + Profit do outro contraente) = Economic Rent = Excess Profit.

Em que Economic Rent significa a diferença entre o valor do petróleo e os custos da sua extracção. Nos custos abrange-se não apenas as despesas da actividade petrolífera mas também o valor que cabe ao outro contraente. É assim igual ao “Excess Profit”.

Naturalmente, o PD tentará aumentar o seu Economic Rent através de todos os meios que tem ao alcance, limitando a margem da MNC.

A parte do PD, em via da regra, irá incluir: taxas, royalties (direitos de exploração), percentagem da produção, recebimento de vários bónus.

A parte da MNC será composta pela receita depois de subtraídas as despesas.

²³ O programa de trabalhos consiste em informação geológica e na fixação de um número definido de poços de petróleo a explorar (“Obligatory wells”) e, em alguns casos, um número adicional de poços a explorar mas não obrigatórios (“Non-obligatory wells”), assim como um sem número de obrigações a cargo da MNC.

cláusula na qual é atribuída à MNC a responsabilidade por conduzir as actividades de exploração e prevendo a obrigação de a mesma apresentar relatório anual ao PD; (11) A MNC assume o risco e providencia todo o financiamento e tecnologia; (12) A contrapartida da MNC é usualmente remuneração em espécie, neste caso crude oil, e não dinheiro; (13) Se não for descoberto petróleo a MNC não recebe nada – daí ser um contrato com elevado risco; (14) Neste modelo, pode ainda a MNC ser obrigada a pagar impostos e royalties, consoante a lei local, caso em que o PD receberá essa taxa em conjunto com a percentagem da produção; (15) Muitas vezes o investimento tecnológico de máquinas e plataformas ficará propriedade do PD, quando o contrato findar, como resultado directo da sua propriedade sobre os recursos naturais; (16) Previsão de garantias bancárias e financeiras; (17) Previsão de várias cláusulas de bónus; (18) Previsão de uma cláusula de estabilidade.

Pensamos que esta enunciação descritiva é suficiente para, ainda que de um modo excessivamente “concentrado” e sucinto, traçar as linhas gerais do PSC²⁴, contando que nas próximas linhas desenvolveremos o conteúdo de algumas das cláusulas mais comuns e para as quais consideramos necessária uma análise não meramente descritiva e acrítica, mas pelo contrário, uma problematização consciente. A elas dedicamos as próximas linhas e o objectivo final do presente trabalho.

5.3. – A situação contratual ideal e a ocorrência de conflitos na negociação e vida de um PSC

Numa situação contratual ideal os interesses das partes, embora diferentes, serão convergentes e complementares. Como brilhantemente descreve Wendy N. Duong, *“in an ideal situation, host governments desire capital investment and technology transfer from IOGCs. IOGCs, on the other hand, require ready access to the Contract Area, government approvals and support for Petroleum Activities, and ultimately a share of production sufficient to the companies to recoup all costs and achieve desired profit goals. In principle, these two sets of interests are mutually complementary to each other, leading to bargained-for positions. In an ideal world, both sides do their job with the best intention and conscience-governments duly*

²⁴ Para consulta e utilização de um modelo de PSC recomendado e vastamente observado na indústria petrolífera à volta do mundo, v. www.aipn.org, contando que cada minuta contratual tem um custo de 75 euros (última visita ao site em 17/12/2009).

*safeguard the “people’s” resources and are inspired to use the proceeds of petroleum sales for the betterment of their societies; IOGCs are respectful of the host country’s environment, labor, natural resources, and cultural heritage, and are willing to curtail excessive profit goals in the interest of the host environment and local community in order to be competitive and to fulfill corporate social responsibility.”*²⁵

A ocorrência de conflitos ocorrerá, sem surpresas, quando qualquer das partes tenta alterar o equilíbrio das dinâmicas de repartição do risco e do capital de modo a tentar atingir para si um máximo de vantagem a custo da outra parte.

Esta tentativa de desequilibrar a balança do risco e do capital será prosseguida através da utilização do diferencial de capacidade negocial entre as partes e será “cristalizada” na estipulação de certas cláusulas típicas que seguidamente enunciaremos e problematizaremos. Contudo, para uma melhor compreensão do problema, não poderemos deixar de antes expor aquilo a que chamaremos as cinco premissas ocultas na análise negocial de um PSC.

5.4. As 5 premissas ocultas na análise negocial de um PSC

5.4.1. Elevado Risco

*“Então, constroem-se poços, deslocam-se homens e equipamentos, fura-se, uma vez que, e aí o risco de que temos vindo a falar: **Só com a construção de poços é possível confirmar, ou não, a existência de hidrocarbonetos.** Só então é possível avaliar do potencial petrolífero de determinada bacia.”*²⁶

Os investimentos de uma MNC num PD é aquilo a que, sem hesitar, ninguém teria dúvida em qualificar como um negócio de risco. Em boa verdade, este risco pode ser dividido em dois tipos distintos mas concomitantes:

Risco de avaliação (“*appraisal risks*”) ou risco geológico²⁷, consubstanciado na possibilidade de não ser encontrada uma reserva comerciável na zona do contrato²⁸ e Risco político. Utilizando as palavras de Paulo Marques, “paralelamente ao Risco apontado, que pode ser denominado de *geológico*, há ainda que contar com o risco

²⁵ Cfr., Wendy N. Duong, ob. cit., ppp. 1225.

²⁶ Cfr. Paulo Marques, ob. cit., pp. 22.

²⁷ Cfr., Paulo Marques, ob. cit., pp. 43.

²⁸ Apontando ambos os autores para uma probabilidade na casa dos 10% de sucesso, Paulo Marques, ob. cit., pp. 30 e Wendy N. Duong, ob. cit., pp. 1256.

político do país de acolhimento (ou hospedeiro). A instabilidade política, a possibilidade de mudança súbita de regime, as revoluções seguidas de nacionalizações, a instabilidade governativa, as mudanças bruscas da fiscalidade, as difícilimas negociações tendentes à obtenção de concessões ou contratos, as denúncias intempestivas dos negócios ajustados; a variação do preço do óleo nos mercados. Tudo pesadelos do “Up-Stream”; Tudo Riscos a somar a RISCOS.”²⁹

5.4.2. Fase da avaliação corre por conta da MNC

Na primeira fase, que podemos afirmar que começa com a elaboração e interpretação de estudos vários de determinada localização e termina ou com o fracasso da operação de prospecção ou com o anúncio de uma descoberta comercial, o encargo financeiro e o risco corre unicamente por conta da MNC. Se falhar e nenhum petróleo for encontrado a MNC não recebe nada^{30/31}, apesar dos avultados custos que a operação pode ter constituído³².

Por essa razão, durante a negociação do PSC a MNC tentará sempre diferir a maior parte dos custos para a fase comercial de produção precisamente para diminuir os seus encargos iniciais, em que participa sozinha.

5.4.3. As partes não estão em igualdade negocial devido à extrema necessidade de investimento dos PD

Muitos dos países em desenvolvimento são detentores de grandes reservas energéticas mas não têm os meios tecnológicos e o financiamento necessário ao seu aproveitamento, necessitando assim de investimento estrangeiro.

Poder-se-á afirmar como uma verdade empírica que o grau de riqueza do PD é inversamente proporcional à sua capacidade negocial; Ou seja, quanto mais pobre for o PD menor irá ser a sua capacidade negocial e isto pela simples razão de que quanto mais pobre for um PD, maior será a sua necessidade de captação de investimento

²⁹ Cfr., Paulo Marques, ob. cit., pp. 22.

³⁰ “O anunciar de uma descoberta comercial é o “grito do Ipiranga” do PSA”, Paulo Marques, ob. cit., pp. 43.

³¹ Contudo, se e quando o petróleo descoberto for o suficiente para se passar para a fase de produção, a MNC irá assegurar que o PD lhe reembolsará a sua parte nas despesas durante a primeira fase, através da estipulação no contrato de uma cláusula com esse conteúdo.

³² Daí que seja verdadeira a afirmação de Wendy N. Duong, “all of this speculation, educated guesswork, and scientific geological evaluation lead to one conclusion: when the venture is successful, the IOGC must capture sufficient profit to accommodate failures elsewhere.”, ob. cit., pag. 1257.

estrangeiro e para tal mais atractivas terão que ser as condições que proporá à MNC de modo a captar e a manter esta interessada³³. As “condições atractivas” não são mais do que a cedência dos próprios interesses aos interesses da MNC, ou seja, uma fragilização da posição contratual. Claro está que esta dinâmica de poderes negociais varia de situação para situação, de interveniente para interveniente, pois certamente ninguém duvidará de que não será igual negociar uma parceria com o Chad ou negociar uma parceira com a Rússia.

É importante, assim, não esquecer que as partes, no momento da negociação do contrato, não estão em igualdade de posições fruto da enorme necessidade de investimento estrangeiro por parte da larga maioria dos PD.

5.4.4. Mercado imperfeito

Devemos ter aqui presente que o mercado internacional da indústria “*Upstream*” é um mercado que não funciona bem, no sentido em que não é possível a um normal investidor aceder aos bens e às oportunidades de negócio no plano de operações internacionais na área do Petróleo.

Devido às características desta actividade só os “gigantes que dominam a indústria podem assumir o risco e os custos de uma operação internacional na área do petróleo”³⁴, sendo o horizonte de investimento, claramente, mais adaptado para investimentos intensivos de capital a larga escala por empresas Multinacionais³⁵.

Contudo, do lado da oferta de recursos naturais, ou seja, do lado mais débil, a situação já não se nos apresenta assim: na realidade, tendo em conta a enorme quantidade de PD com extremas necessidades de investimento, a concorrência já irá funcionar,

³³ Também neste sentido, Wendy N. Duong - “In reality, due to unequal bargaining powers, their desperate need for technology and foreign capital, and their inexperience, the less-developed transitional economies stand to give up more than they gain in the negotiation process (...) Ideally, the governments’s goal are to design a Fiscal Regime that: (1) provides a fair return to the nation-state as well as to private industry (otherwise, no foreign investor would invest); (2) avoids undue speculation or unpredictability (which would dissuade foreign investment); (3) limits undue administrative burden upon the government as well as foreign participants (which would also dissuade investment); (4) provides sufficient flexibility to cope with the country’s changing needs; and (5) creates healthy competition and market efficiency.”, ob. cit., pp. 1241.

³⁴ Wendy N. Duong, ob. cit., pp. 1229 - “only the giants who dominate the industry can afford to take risks and costs of international Petroleum Operation”

³⁵ Neste sentido, também, Manuela Franco, ob. cit., pp. 22 , “Apesar do negócio do GNL (Gás Natural Líquido), atrair dezenas de companhias da área energética, os principais jogadores são as grandes companhias de petróleo, vistas as graves questões na área da segurança da exploração e as necessidades brutais de investimento financeiro.”

cedendo estes muitas vezes às pretensões das MNCs, de modo a não perderem o investimento directo estrangeiro para o país vizinho.

5.4.5. Os monarcas³⁶ actuam quase sempre em interesse próprio e não no interesse da população

Outro factor que devemos ter em conta é que os “monarcas” na maioria dos casos não actuam no interesse da população, mas sim no da sua própria fortuna.

Os projectos de investimento directo estrangeiro servem os interesses próprios das elites destes países e não os da população em geral. Os milhões de dólares de investimento estrangeiro não são direccionados para políticas reformistas nem para a população, mas sim para estas elites, o que aumenta o fosso entre os muito ricos e os muito pobres. Isto não é especulação, é uma verdade empírica e facilmente conhecida. As parcerias público-privadas no sector da energia têm servido como uma ponte para legitimar o retorno do colonialismo.³⁷

5.5. Análise crítica de algumas das cláusulas típicas do PSC e apresentação de alternativas

Tendo em conta o que atrás foi dito, torna-se necessário examinar criticamente as dinâmicas envolvidas na formação destas parcerias público-privadas de grande investimento. Apenas os sócios das MNC e alguns advogados destas e dos governos detentores têm conhecimento da matéria, mas ambos adoptam uma postura acrítica e tendencial uma vez que ambos estão em representação de interesses divergentes e, como vimos, na larga maioria dos casos, nenhum representa os interesses da sociedade em geral.

³⁶ Utilizando a expressão de autoria de Wendy N. Duong, para quem os monarcas do sec. XX e XXI são as pessoas do partido do poder com altos cargos na área do Petróleo.

³⁷ Neste sentido, Wendy N. Duong, utilizando o exemplo concreto do Vietnam - “According to Vietnamese American activists, the fruits of FDI projects in Vietnam serve the self-interest and political agenda of the Politburo or government connected elitists, unchecked by principles of liberal democracy or sound macroeconomic management. The effect of FDI has not sufficiently “trickled” down to the mass public despite economic reform, thereby widening the gap between those elites and the poor public, occasioning even more seeds for discontentment and disintegration of the social fabric. If this is empirically true, the utility of free enterprise and government-MNC partnerships as vehicles to prosperity and liberal democracy appears to be just a notion of idealism. Viewed this way, the government-private sector partnership is simply a bridge to legitimize the return of colonialism.” - ob. cit., pp. 1202 e 1203.

Comummente, “falar das vantagens e/ou desvantagens do PSA implica um juízo de relação. Só ganha sentido afirmar que A é superior, mais útil ou de maior proveito se puder ser comparado com B. Tradicionalmente, e também porque, apesar de tudo, são os modelos mais em uso, o juízo de relação aferidor das vantagens e desvantagens do PSA³⁸ é feito com o contrato de concessão.”³⁹ Contudo, em nosso entender, o erro está em procurar a comparação em termos de modelo global, ainda para mais, quando estamos a comparar o PSC com modelos já historicamente utilizados e cujas virtualidades deixaram a desejar. A solução, e o objectivo a que nos propomos, é comparar e encontrar alternativas que promovam uma maior equidade dentro do próprio contrato PSC, enquanto modelo. Ou seja, a partir do seu clausulado típico e, dentro deste, das cláusulas que a nosso ver são mais problemáticas, demonstrar os seus efeitos e, a partir desta constatação, propôr alternativas.

5.5.1. Cláusula da Comercialidade e o direito de revogação do projecto

Na procura de petróleo a lógica é simples: quanto mais se furar, maior a probabilidade de se encontrar e de se fazer uma descoberta comercial. Contudo, apesar das mais sofisticadas análises técnicas e amostras geológicas, existe sempre um grande risco. Para lidar com esta análise de risco e de viabilidade económica de um projecto, imagine-se o caso de, depois de vários furos, apenas se descobrirem buracos secos ou com escasso petróleo, a MNC tem que tentar garantir um direito de revogação do contrato (“withdrawal right”) que lhe permita cortar os gastos e ir para casa livre de qualquer obrigação, numa lógica de controlo de danos⁴⁰. Por outro lado, ao PD interessa-lhe sempre a continuação dos trabalhos, ainda por cima nesta primeira fase de prospecção, em que como vimos o financiamento é responsabilidade exclusiva da MNC.

Torna-se necessário atingir um equilíbrio das posições. É para resolver esta questão que foi pensada a “commerciality clause”, cláusula que estipula *standards* a partir dos quais a descoberta do petróleo é economicamente viável e apropriada para ser

³⁸ Production Sharing Agreement, outra forma de designação dos PSC, apesar de, por rigor linguístico, optarmos por esta última. Em boa verdade, estamos perante um contrato e não um simples acordo, que na legislação nacional tem significado distinto.

³⁹ Cfr., Paulo Marques, ob. cit., pp. 35.

⁴⁰ Em sentido técnico jurídico as obrigações de desenvolvimento comercial de um poço de petróleo ficam sujeitas a uma cláusula acessória, neste caso a condição.

desenvolvida e quando, pelo contrário, um projecto deve ser abandonado por inviabilidade económica. Pode ficar até dependente de factores externos, como o aumento ou diminuição dos custos de produção ou do preço do petróleo no mercado internacional ou da possibilidade de obtenção de economias de escala. Para a MNC quanto maior for a margem de discricionariedade para accionar a cláusula, mais a sua posição fica protegida, uma vez que accionada a cláusula a MNC pode abandonar o projecto com base na sua avaliação económica sem ficar vinculada a quaisquer obrigações.

Quanto ao PD, também lhe interessa ficar com o controlo sob a decisão de desenvolver o projecto ou não, ou, no mínimo, ficar com direito de veto sobre a decisão da MNC. A melhor maneira deverá ser, através de uma decisão conjunta, definir tectos mínimos e máximos que obriguem e que inviabilizem a exploração.

5.5.2. Cláusulas de Bónus⁴¹

“Negotiation thus centers around balancing the Contractor Take against the Government Take – both sides want the biggest bite of Economic Rent.”⁴²

A estipulação que imponha o pagamento de bónus ao governo, ou a um seu representante, vai ser o modo mais flexível e mais utilizado para os PD conseguirem minimizar o *Excess Profit* das MNC, neste instável jogo de equilíbrios que tem que garantir a maior margem possível, mas, ao mesmo tempo tem que continuar a dar condições aliciantes e competitivas para o investimento estrangeiro directo, especialmente, comparativamente com outras economias em desenvolvimento e também desesperadas por investimento⁴³. É que, por exemplo, a opção fiscal será sempre por via legislativa e como tal geral e abstracta, ou seja, tornará o mercado desse PD menos aliciante aos olhos de potenciais investidores. Pelo contrário, a fixação de bónus é por via de estipulação contratual, e como tal em resultado das

⁴¹ Aqui, estamos, apenas, a considerar o pagamento de bónus em cumprimento de estipulação contratual. Claro que, infelizmente, para além destes existe também o pagamento de variáveis quantias a variáveis pessoas, que já ganhou direito a expressão própria - “pagamento de luvas” – que pode ir desde os funcionários dos vistos, aos conhecimentos necessários para falar com alguém.

⁴² Cfr., Wendy N. Duong, ob. cit., pp.

⁴³ Como vimos supra o mercado apenas funciona do lado da oferta.

dinâmicas de uma determinada negociação em concreto e em nada prejudicando a “imagem” desse mercado perante outros potenciais investidores.

De modo a alcançar este objectivo, é usual encontrar nos PSC⁴⁴ três tipos distintos mas paralelos de bónus: o bónus de assinatura (“*signature bonus*”) – pago aquando da celebração do contrato; o bónus comercial (“*comercial discovery declaration bonus*”) – pago aquando do anúncio de uma descoberta comercial; e, por último, o bónus de produção (“*production bonus*”) – pago aquando do início da produção⁴⁵.

A gravidade da questão coloca-se, como bem assinala Wendy N. Duong, uma vez que aqueles bónus se transformam em matéria vulnerável a abusos por parte do poder governamental.⁴⁶ Na realidade, e continuando nas palavras do referido autor, “*the CPI compilers concluded that a large share of corruption was the explicit product of MNCs, headquartered in leading industrialized nations, using large-scale bribery and kick-backs to obtain contracts in the developing world and in countries in transition. (...) With the Web of corruption in place as a way of life, there is no way for the rich democracies to help the approximately three billion people who are citizens of some one hundred impoverished nations, unless the flow of capital and resources can get to the people who need them. But is this Web of corruption perpetuated by MNCs, and which one comes first, the chicken or the eggs? Serious attention, therefore, must be given to the empirical patterns of relationships between FDI capital, the current status of anti-corruption law, trends of international legal cooperation, and the poverty statistic of the developing world.*”⁴⁷

Na verdade, apesar de inúmeras legislações nacionais consagrarem regras anti-suborno, apesar da existência de Convenções Internacionais com o mesmo conteúdo e dos escândalos públicos dos inúmeros casos já denunciados⁴⁸, a realidade continua a

⁴⁴ Com a ressalva feita por Wendy N. Duong, “Hence, not all PSCs have bonus provisions, although bonuses have provided the competitive edges and increasingly become the norm for the PSCs around the world.” – ob. cit., pag. 1242.

⁴⁵ Sendo que da perspectiva da MNC são preferíveis os bónus comerciais e os bónus de produção uma vez que são devidos apenas numa fase do projecto em que os riscos já quase não existem; Pelo contrário, se a MNC paga um bónus de assinatura e o projecto fracassa pelo accionamento da cláusula comercial, esse bónus vai ser uma perda irrecuperável por parte desta.

⁴⁶ “Bonuses thus become the vulnerable places where abuse of governmental power can occur”, Wendy N. Duong, ob. cit., pp. 1242.

⁴⁷ Cfr., Wendy N. Duong, ob. cit., pp. 1244.

⁴⁸ Lembremo-nos, a título de exemplo, do caso da antiga Móbil no Kazaquistão.

demonstrar que estamos longe de alcançar um estágio de negociação transparente e honesto⁴⁹.

Para tal objectivo, também não parece contribuir esta possibilidade, e mais do que isso, esta realidade, quanto ao pagamento de bónus nestas parcerias. E isto porque, como brilhantemente nota Wendy N. Duong, o pagamento das famosas cláusulas de bónus (milhões de dólares) dentro de um PSC pode constituir um meio “legítimo” de pagar um soborno, mesmo sob o olhar do FCPA.⁵⁰ Ou seja, como o bónus é posteriormente utilizado pelo PD, pode ser argumentado que faz parte do exercício de poderes soberanos do seu governo, ficando legalmente a MNC isenta de qualquer responsabilidade, face à letra do FCPA e face ao olhar menos atento da comunidade internacional.

Uma alternativa ao pagamento de bónus pelas MNC’s aos governos, que a nosso ver traria claras vantagens, seria a sua substituição pela imposição do financiamento de obras sociais que beneficiariam directamente as comunidade locais, na realidade os verdadeiros donos das reservas energéticas. Deveria, nestes termos, ser clausulado no contrato este tipo de contrapartida abolindo-se os bónus estritamente financeiros⁵¹.

⁴⁹ Referindo-se a esta problemática nos países do oeste africano, Manuela Franco, fala de “instituições fracas, conflitos étnicos e religiosos, extrema pobreza e, subitamente, extrema riqueza e extrema corrupção. Contrabando, lavagem de dinheiro, transacções milionárias directas para os chefes de governo, sem deixar rastros nos orçamentos de Estado.” - ob. cit., pp. 22.

⁵⁰ “A misused bonus payment in the millions dollars paid under a negotiated PSC scheme may constitute a “legitimate” bribe under the FCPA, which has tactfully been used as model anti-bribery legislation for nation-states acting under the mandates of the OCDE Convention. (...) Enacted in response to the Lockheed scandal in Saudi Arabia in the 1970s, the FCPA does not prohibit bribes qua bribes, because what is considered a bribe in one culture may not constitute a bribe in another culture. The FCPA only prohibits payments that qualify as “corrupt payments” under statutory elements specified in the ACT. One such element is the requirement that in order for the payment to be illegal, it must be made to a recipient who is a foreign official. Payment made to the treasury allegedly for the “people”, as in the case of bargained-for Signature or Production Bonuses, does not meet this criterion and hence falls outside the prohibition of the FCPA. Further, to be liable under the Act, the company making the bribe must act with a “knowing” state of mind. “Knowing” is defined to include awareness of a “high probability of the existence of certain circumstances (required for the offense). (...) How does the prosecutor prove deliberate blindness as to where a cash bonus payment goes after it reaches the nation’s treasury, especially when such bonus payment is formally required by binding or tender, or otherwise negotiated as payment allegedly for the benefit of the “people”? (...) In reality, in a pervasively corrupt country, such huge cash amounts may enrich some high officials Swiss accounts, yet the IOGC may now legitimately “bury its head in the sand”, and decline to inquire or investigate further (...) the PSC itself negates the MNC’s specific intent or knowledge of corrupt usage or purpose on the part of the host government’s individual leaders. (...) “The IOGC can effectively clean its hands and legitimately walk away, leaving what occurs behind closed doors on governmental offices of the host country within the exclusive province of sovereignty.” – ob. cit., pp. 1248-1251

⁵¹ “The payment of bonuses by MNC’s to governments, and the need to substitute cash bonuses and payments with industry-sponsored social programs. (...) the IOGC community will use its leverage to replace cash bonus offers or requirements with bonuses in kind, aimed specifically at serving the

Tratando-se, como se sabe, de bónus na casa dos milhões de euros, é de imaginar, se aplicado directamente na comunidade, a quantidade de pessoas que se conseguirão alimentar, os hospitais que se poderão construir, as escolas que se poderão criar e a formação que se poderá ministrar. O apoio e acompanhamento destes projectos poderia ser assegurado mediante o financiamento da actuação de ONGs locais. No final, em vez de cem imoralmente⁵² ricos e milhões imoralmente pobres, teríamos uma divisão mais justa da riqueza gerada pelo património comum de ambos. Tudo isto poderia constituir a base para, a longo prazo, realmente se poder ambicionar o fim, que hoje nos parece longínquo, da erradicação da pobreza.

5.5.3. Cláusula de estabilidade

Como vimos, o risco é simultaneamente uma característica destes negócios e um factor de preocupação para as MNCs. Na realidade, qualquer agente económico temerá investir milhões de dólares num negócio que para além dos riscos inerentes ao produto em causa – os chamados *riscos de avaliação ou geológicos* – que são já de uma probabilidade elevadíssima, ainda se juntam riscos de carácter político-social, que a verificarem-se significará uma enorme perda nos cofres das MNCs.

Nestes termos, nenhuma MNC arriscaria os seus milhões num país instável sem antes assegurar esse investimento contra os únicos riscos que podem ser “controláveis”: os riscos políticos.

Um dos mecanismos utilizados, mas como veremos com graves efeitos indirectos, é a cláusula de estabilidade⁵³ (“*stability clause*”) que, em última análise, tem como objectivo restringir os poderes soberanos do PD, no que respeita a criar ou modificar actos legislativos, administrativos ou mesmo judiciais, que interfiram no PSC celebrado. Para esse efeito, a cláusula tem que ser interpretada como uma promessa

“people’s” interest and contributing directly to the local community. For example, instead of complying with cash bonus requirements or offering to pay them, during negotiation IOGCs may suggest bonuses strictly in the form of IOGC-sponsored social or training programs for the local community; the construction, training and staffing of educational, medical, or community facilities and research centers; the construction of various industrial or technological infrastructures; the sponsoring of starving local artists and writers; the funding of University scholarships and grants; and/or other social programs similar to efforts normally undertaken by corporate citizens of the developed nations.” – Wendy N. Duong, ob. cit., pp. 1252 e 1253.

⁵² No duplo sentido que a palavra aqui comporta.

⁵³ “In various forms, the clause has increasingly become standard practice in most PSCs executed with “third world” countries.” – Wendy N. Duong, ob. cit., pp. 1269.

soberana de o PD não alterar o “ambiente” legislativo que regula ou se reflecte no contrato de investimento.

Se o PD falha as suas obrigações enquanto comercial vai ser responsabilizado por incumprimento contratual e se, já não como agente comercial mas como governo soberano, legisla ou actua de qualquer forma que prejudique a posição contratual da MNC no PSC, também poderá ser responsabilizado por violação da cláusula de estabilidade.

Este é o objectivo. Quanto aos efeitos indirectos que lhe estão associados, é fácil ver a perda de margem de avaliação que o governo soberano ficará sujeito quanto ao modo como deve maximizar os seus recursos e gerir o seu território, uma vez que apenas lhe foi possível fazer essa avaliação antes da decisão de celebrar o PSC, momento esse em que, como vimos, as posições contratuais de ambas as partes não estão exactamente em igualdade. Em virtude desta cláusula, ficará agora o PD vinculado a essa mesma avaliação durante cerca de 30 anos, tempo aproximado de duração de uma operação de exploração petrolífera.

Outro dos efeitos, fazendo novamente uso das palavras de Wendy N. Duong, é que *“when careffuly drafted and broadly applied, the Stabilization Clause can shield the investiment from new taxes, new legislation, new regulations, decrees of nationalization or expropriation, or any other form of a MAGA that may make the investiment less economically whole. For example, if a country’s petroleum law (which may include environmental and safety standards), effective at the time of contract execution, later needs to be changed, the Stabilization Clause can estop the host government from applying the new law and new standards to the IOGC’s long-term Project, in the absence of the IOGC’s consent or some other renegotiated, mutually acceptable conditions. In other words, while the rest of the country may be governed by a newer version of the law, the IOGC’s investment, secured by the Stabilization Clause, will be governed by an outdated version of the applicable law. This is potentially a much more pervasive application and interpretation of the Stabilization Clause than mere prevention of the retroactive application of a new legislation.”*⁵⁴

Outros problemas poderão ser equacionados. Em primeiro lugar, não estamos perante um meio completamente eficaz de controlar os riscos políticos uma vez que no caso

⁵⁴ Cfr., Wendy N. Duong, ob. cit., pp. 1270.

de uma revolução ou golpe de estado, hipótese não meramente académica, dificilmente o novo regime se sentirá impelido a cumprir esse contrato. O que tem desde logo um outro efeito perverso associado: a MNC vai ter interesse e, de facto essa tem sido a realidade, em apoiar o governo de determinado país, a partir do momento em que passa a ser seu parceiro comercial, independentemente do respeito deste pelo direito internacional⁵⁵, pelo direito humanitário⁵⁶ e mesmo pelo direito interno do seu próprio país – ou seja, mesmo que estejamos perante uma ditadura, a MNC não quererá um golpe de estado e tudo fará para manter este governo como a legítima força política à frente do país.⁵⁷

Mais, a MNC vai exigir que a cláusula de estabilidade⁵⁸ só se aplique caso as futuras alterações sejam negativas para a MNC do ponto de vista do contrato celebrado. Ou seja, se as alterações legislativas forem favoráveis já não haverá por que accionar a cláusula de estabilidade..

Por último, e já de um ponto de vista apenas da Teoria do Direito, parece-nos incompatível com o conceito clássico de soberania, a hipótese de um Estado alienar direitos sobre o seu território ou sobre o seu povo através de contratos privados⁵⁹. Na realidade existe uma diferença substancial entre a vinculação (que em nada afecta a

⁵⁵ Expressão original de Bentham, v. “Principles of morals and legislation”, XVII, 25, 1.

⁵⁶ Num já denominado “shareholders primary corporate model”, tem sido argumentado que na realidade as preocupações das MNC não são com os direitos humanos, mas sim com os direitos dos accionistas e dos credores. Tudo isto “ajuda” a que o direito humanitário e grande parte do direito internacional continue a ser qualificado de “Soft Law”. É, aliás, uma discussão corrente em filosofia do direito saber se o direito internacional é realmente direito; sobre o tema e para mais desenvolvimentos, v. Herbert. L.A. Hart, “O conceito de Direito”, tradução de Armindo Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, 2007, pp. 230 e segs.

⁵⁷ “This point, again, demonstrates the intimate correlation between i) the IOGC’s commercial relationship with an incumbent regime, and ii) the IOGC’s incentive to support the incumbent regime long-term, in an effort to control and minimize Political Risks. (...) Once the investment contract has been signed with the incumbent government, issues of politics within the country and relations between the incumbent government and its people become irrelevant to the IOGC’s corporate strategy. Part of the IOGC’s overall and long-term business goal is to gain the support of, and split profit with, the incumbent government, no matter how unpopular or tyrannical the regime may seem. Once fully invested in the country, IOGCs are naturally long-term supporters of the incumbent governments and are most likely to help minimize any political instability associated with the region or locale. (...) Both sides are now fully imbedded in the self-interest structure. (...) However, if the host government is a dictatorship, or otherwise grossly corrupt and incompetent, these very same risk-management techniques can help keep such incumbent government in power by fortifying the business partnerships it has formed with powerful and economically able MNCs. These techniques lock the incumbent government into commitments that curtail the sovereign power of the country for the benefit of the foreign investor, thereby functioning as the type of “back-scratching” arrangements that serve the parties mutual self-interest.” – Wendy N. Duong, ob. cit., pp. 1259-1272.

⁵⁸ Exigências estas que serão tanto maiores quanto menor for a capacidade negocial da contra-parte.

⁵⁹ Sobre a distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado – v. José Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987, pp. 353 e segs.

noção de soberania⁶⁰) de um Estado soberano a uma convenção internacional ou um tratado com outro(s) Estados, e o acto de alienar o poder de jurisdição sobre parcelas do seu território, em virtude de contrato com empresas privadas estrangeiras.

Que alternativas⁶¹? A substituição por um “cláusula de renegociação” que, para além de impor um especial dever de boa fé, em relação a actuações governamentais soberanas tendo em conta o contrato celebrado, crie a possibilidade de renegociação do contrato⁶², no caso de alteração das circunstâncias ao momento da celebração e caso essa alteração tenha sido consequência de uma actuação governamental do PD. Caso não seja possível o acordo na dinâmica da renegociação, e, como vimos, não esquecendo que a fase de avaliação corre por conta e risco da MNC, a cláusula deverá prever a obrigação de **restituição do investimento**, incluído neste o economicamente chamado de “custo de oportunidade”⁶³ e uma justa remuneração, a que poderemos chamar de “prémio de risco”.

Mais afirmamos que, se em vez da típica cláusula de bónus tiver sido estipulada uma cláusula como a que defendemos supra, ficando a MNC vinculada ao financiamento e apoio de projectos de desenvolvimento local e regional enquanto a parceria durar, não será este um bom meio para dissuadir o governo dos PD de violar o contrato?

Pondo na prática a solução que defendemos, caso o governo de um PD alterasse de má fé, e de modo inconciliável com qualquer renegociação⁶⁴, as condições aplicáveis ao contrato através dos seus poderes, enquanto soberano as consequências seriam: a

⁶⁰ V. Herbert Hart, ob. cit., pp. 236 e segs.

⁶¹ Concluindo pela necessidade de repensar a cláusula de estabilidade enquanto instrumento técnico-jurídico - Wendy N. Duong, “My purpose of presenting the above six premises is neither to condemn nor defend the Stabilization Clause. I neither wish to advocate for its utility, nor its abolition. In fact, I believe that the Clause supplies the psychological comfort needed for the closure of high risk international deals. Without it, corporate actors and their employees will be incapacitated by the fear and anxiety often associated with risk assessment and profit/loss projection in dealing with the indeterminate future in an alien investment environment. In multimillion-dollar MNC-Third World government partnerships, the Stabilization Clause has constituted a legal norm and standard business practice, such that, in the absence of extraordinary and peculiar circumstances, a lawyer’s failure to propose or include the Clause in a large-scale investment contract may arguably subject her to professional malpractice exposure, or at minimum, serve criticism management due to the foreseeable political instability of the third world. For the cautious IOGC lawyer, the Stabilization Clause is like the American Express card – don’t leave home without it! My six premises serve only to call the attention of the legal community to the inherent imperfection of the Clause as a legal tool.” – ob. cit., pp. 1292-1293.

⁶² À semelhança do nosso instituto de direito interno, “resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, previsto no art. ° 437 do Código Civil.

⁶³ Para desenvolvimentos sobre este conceito, v. João César das Neves, “Introdução à Economia”, 4ª edição, Verbo, pp. 42-43 e 145.

⁶⁴ Que é em boa verdade quando o problema surge.

restituição de todo o investimento feito pela MNC, acrescido dos valores referentes ao custo de oportunidade e ao prémio pelo risco, assim como, deixaria de ter o financiamento de todos os projectos locais e regionais em vigor, funcionando esta solução, simultaneamente, como uma punição para esse governo e como um justo reembolso para a MNC.

5.5.4. Cláusula de cessão da posição contratual e os acordos “Farm in/Farm out”

A partilha de riscos, num panorama mundial, entre as várias mas poucas MNCs do sector do petróleo, através dos acordos “farm in/farm out”, em virtude de cláusulas de cessão de posição contratual⁶⁵, também geram graves problemas. Contudo, não os analisaremos neste trabalho uma vez que para eles ainda não vislumbramos solução. Ou seja, se é empiricamente verdade que estes acordos “Farm in/Farm out” são usualmente feitos neste sector de modo a possibilitar às grandes MNCs repartirem entre si os riscos e investimentos, fortalecendo cada vez mais o oligopólio ou cartel e escapando a todas as legislações de salvaguarda da concorrência, não é menos verdade que sem estas MNCs, com estes esquemas de repartição do risco entre elas, o PD não conseguiria o financiamento, a tecnologia e os meios para a prospecção e extracção do petróleo...Concluindo, se na realidade estes oligopólios de facto impedem a concorrência e suprimem o embrião de crescimento de uma verdadeira classe média empresarial dentro da população nativa, devemos ter presente que hoje estes países ainda não estão em condições de assegurar por si esta indústria de capital intensivo⁶⁶.

⁶⁵ A cláusula que permite esta transferência é usualmente chamada de “assignment clause” e é extremamente importante num PSC, até porque, aplicando-se a lei do contrato e não sendo esta a lei do PD, pode dar-se o caso de não ser legalmente possível à empresa do PD vetar ou impor condições.

⁶⁶ Mais uma vez, brilhantemente Wendy N. Duong expõe a situação: “The picture is clear: modern “monarchs” participate, cooperate with, and support private de facto cartels, either as a matter of choice or simply lack of choice. Due to high-risk, capital intensive, and technically complex nature of upstream petroleum activities (especially when the host country is in an economically embryonic stage), these monopolistic partnerships effectively preclude the development of a native or local entrepreneurial class capable of investing in, and benefiting directly from, the natural and energy resources of their own homelands. When the modern “monarchs” shake hands with the MNC rainmakers, the door to true capitalism is forever closed to the inhabitants of the transitional economies, or the hopefully emergng entrepreneurial middle class. The true owners of natural resources stand anonymously, unobtrusively, and passively at the mercy of those in power and control, who finalize the handshakes based on confidential negotiations. (...) The only hope for true ownership of petroleum by the “people” is when the SOES that are the commercial arms of the host government are eventually privatied, and shares are offered to the public direct purchase. (...) But even if this privatization scenario can successfully

6 – Conclusão

O petróleo e as riquezas naturais abundantes em muitos dos países em desenvolvimento, à data ainda não se reflectiram numa vida melhor para o cidadão comum desses países. Na realidade, muitos destes países continuam com gravíssimos problemas económico-sociais, sendo muitos deles líderes estatísticos num cartaz que inclui critérios como a pobreza, a corrupção, a mortalidade infantil, a baixa esperança média de vida, a separação económica entre os muito ricos e muito pobres, entre outros factores não abonatórios.

A título de exemplo, podemos apontar os casos de Angola, do Chad e da Nigéria⁶⁷.

Começando por Angola, as suas reservas estimáveis de petróleo são na ordem dos 9.035 biliões de barris (dados a 1 de Janeiro de 2008), enquanto que 70 % da sua população vive abaixo da linha da pobreza, a esperança média de vida é de 38,2 anos e a taxa de mortalidade infantil é a mais alta do mundo, com 180,21 mortes em cada 1000 bebés nascidos.

O Chad com reservas repuráveis estimadas em 1,5 biliões de barris (dados a 1 de Janeiro de 2008), mas que, ao mesmo tempo, os seus indicadores sócio-económicos nos dizem que 80 % da população vive abaixo da linha da pobreza, a taxa de mortalidade infantil é de 95,75 % e a esperança media de vida é aproximadamente de 47,7 anos.

Por último, a Nigéria com reservas demonstradas na casa dos 36,22 biliões de barris (dados a 1 de Janeiro de 2008) e, não obstante, os indicadores sócio-económicos mostram que 70 % da população vive abaixo da linha da pobreza, a taxa de mortalidade infantil é de 71,35 % e a esperança média de vida é aproximadamente de 46,94 anos.

A população destes países pode estar sentada em cima de reservas de petróleo que valem milhões mas não têm a tecnologia, o capital, o *know-how* para o extrair. Quem beneficia com esta situação são as MNCs e as elites corruptas que governam estes países⁶⁸. Estes “dois parceiros” que infelizmente têm partilhado unicamente o mesmo

materialize onde day, the publica t that time might still be too poor or to sick to afford ownership of shares in a publicly traded petroleum company.” – ob. cit., pp. 1232-1233.

⁶⁷ Todos os dados foram retirados do site: www.cia.gov – world factbook, site visitado pela última vez em 17/07/2009.

⁶⁸ Incoremos, conscientemente, no erro da generalização da afirmação de que os PD na sua maioria são corruptos ou de que as MNC agem apenas em proveito próprio sem responsabilidade social, por

objectivo – a fortuna pessoal, dividem entre si os milhões gerados por tal lucrativa indústria.

A nossa posição apenas argumenta que se estas parcerias fossem equitativamente utilizadas, levaria a uma mais justa distribuição dos recursos energéticos e a uma melhoria de vida para a população do terceiro mundo. Seria o que comumente se chama de “*win/win situation*”.

Para tal objectivo, torna-se imperiosa uma análise crítica destes contratos, nomeadamente, tendo em conta que neste domínio tem sido corrente o facto de que quando os padrões negociais utilizados por estas empresas são repetidamente usados, eles são elevados a normas legais que vão moldar a futura *lex mercatoria*. Como temos vindo a dizer, a *lex mercatoria* do sector não tem sido mais do que a “codificação” das práticas negociais do dia a dia. Ou seja, o comportamento negocial destas multinacionais vão dar forma a regras legais sobre a contratação internacional no domínio energético⁶⁹.

Ainda mais imperiosa se torna esta análise se tivermos em consideração o facto de que são coabitáveis os interesses económicos das MNC e os interesses económico-sociais dos PD. Hoje, apenas se apresentam como incompatíveis os interesses das elites ricas e corruptas de muitos desses países com os interesses da sua população, os verdadeiros “donos da riqueza energética”. Contudo, o problema coloca-se no facto de que, com a actual visão negocial das MNCs, também se apresentam como coabitáveis os interesses destas com os interesses das elites governantes dos PD. Esta realidade, difícil de alterar, assim continuará até ser embuída uma lógica de interesse público nestas parcerias.

Para alcançar tal objectivo, deverá defender-se uma doutrina de responsabilidade social nas próprias MNCs, através dos avisos e da pressão da academia legal internacional e da opinião pública em geral. Deverá relembrar-se aos advogados das

limitações do objecto de estudo e com a ressalva de que tal não é exactamente verdade. Na realidade, uma afirmação como esta só pode ser verdadeira se empiricamente demonstrável. Para tal, deve-se sim partir de dados concretos de uma certa parceria, de um certo governo. É preciso trabalho de campo nesse sentido. É também esse trabalho que o aluno se propõe fazer mas, por limitações de tempo e de espaço, não nesta sede.

⁶⁹ “These executive monarch-investor partnerships in the petroleum sector help create modern *lex mercatoria* governing the industry, with MNC’s well-trained lawyers actively participating in the process. The lawyers, when structuring and drafting client-protection devices in these international development projects, is in effect writing law that will govern the lives of millions of people whom that lawyer may never know and for whom no legal resource will ever exist to guard against the lawyer’s excesses or ver-zealous conduct, all in the interest of a powerful client occupying superior position in a less-than-arms-length negotiation.” - Wendy N. Duong, ob. cit., pp. 1295.

MNCs que não devem esquecer o seu duplo papel: o de servir os interesses do cliente e o de servir a justiça. Deverá contribuir-se com um olhar atento para uma comunidade internacional humanitária e desinteressada. Tudo com o objectivo final de consagrar uma abordagem de interesse público na moderna lei do comércio internacional.

Não devemos ficar impávidos enquanto assistimos a uma apropriação ilegítima das riquezas de um povo por uma elite minoritária e corrupta. Não devemos aceitar o regresso do colonialismo numa versão mais subtil e dominadora.

O actual padrão negocial é insustentável através do olhar da justiça: Deixam de parte aqueles que deveriam estar entre os primeiros beneficiários - os cidadãos comuns e os pequenos empresários desses países.

Mais uma vez, recorreremos às palavras de Wendy N. Duong, *“after all, freedom contract and the exercise of bargaining power are the gist of free enterprise. What may be problematic is the way in which the contract is formed and implemented. The goal, therefore, is not necessarily to eliminate these partnerships, as they are essential to nation building and development of a world economy. Instead, there is a need for a formalized mechanism to enable public scrutiny of these partnerships. (...) Today, if armed with a better breed of corporate counsel and executives, together with a differently focused, self-imposed corporate code of social responsibility, MNCs are among the group of actors best situated to address global issues – from eradicate of poverty, inequality, race, gender and religious discrimination, child labor, environmental pollution, overall workforce abuse and exploitation, to the wise and effective use of state-of-the-art technology to serve humankind⁷⁰. This social responsibility mission is only possible via the individual awareness and changing attitude of the MNC international executive and his/her lawyer, working as a pair as they continue their globe-trotting.”⁷¹*

Ou seja, a enorme diferença negocial entre as MNCs e os PD poderá servir esta missão de impor como padrão negocial uma abordagem de interesse público. Após um primeiro período em que repetidamente se deverá incorporar este tipo de cláusulas nos contratos, finalmente se atingirá o objectivo pretendido: uma *lex mercatoria* do sector energético mais justa e eficaz.

⁷⁰ Sublinhado nosso.

⁷¹ Cfr., Wendy N. Duong, ob. cit., pp. 148-149.

Bibliografia

AA. VV., “Temas de Direito da Energia”, in *Cadernos O Direito*, n.º 3, Almedina, 2008

Alexy, Robert, “*Teoria dos Direitos Fundamentais*” (tradução de Virgílio Afonso da Silva), Malheiros Editores, Brasil, 2008

Anson, William Reguel, “*Anson’s Law of Contract*”, 26 edition (edited y A.G. Guest), Oxford University Press, Clarendon Press, 1984

Ascensão, José de Oliveira – *O Direito: Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira*, Almedina, 11ª edição, 2001

Brealey, Richard A. e Stewart C. Myers, “*Principles of Corporate Finance*”, International Edition, 4ª ed., McGraw-Hill, 1991

Brito, Maria Helena, “*Direito do Comércio Internacional*”, Almedina, 2003

Brito, Maria Helena, “*O Contrato de Concessão Comercial*”, Almedina, 1990

Correia, José Sérvulo, “*Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*”, Almedina, 1987

Duarte, Rui Pinto, “*Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*”, Colecção Teses, Almedina, 1998

Duong, Wendy N., “*Partnerships with Monarchs – Two Case Studies: Case one – Partnerships with monarchs in the search for oil: Unveiling and re-examining the patterns of Third World economic development in the petroleum sector; Case two: Partnerships with monarchs in the development of energy resources: Dissecting and independent power Project and re-evaluating the role of multilateral and Project Finance in the international energy sector*”, in *The Journal of International Economic Law at the University of Pennsylvania Law School*, vol. 25, pp. 1171-1295 e vol. 26, pp. 69-150

Fernandes, Ana Paula, “*EUA e Angola: a Diplomacia Económica do Petróleo*”, Principia, 2004

Franco, Manuela, “*Petroleo em Português? Em Prol de uma Política Africana*”, in Nação e Defesa, n.º 114, Verão 2006, 3ª série

Hart, Herbert L.A., “*O conceito de Direito*”, tradução de Armindo Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, 2007

Holslag, Jonathan, “*China’s new mercantilism in Central Africa*”, African and Asian Studies, volume 5, no. 2, 133-169, 2006

Hoogeveen, Femke and Wilbur Perlot, “*Geopolitical Changes and Energy*”, Clingendael, The Hague, Netherlands, 2005

Kahn, Paul W., “*The Cultural Study of the Law: Reconstructing Legal Scholarship*”, University of Chicago Press, 1999

Marques Guedes, Armando, “*Entre Factos e Razões. Contextos e Enquadramentos da Antropologia Jurídica*”, Almedina, Coimbra, 2005

Marques, Paulo, “*Da natureza jurídica do Production Sharing Agreement (PSA) à luz do ordenamento jurídico português*”, in Estudos sobre energia: Petroleo e Gás Natural, Almedina, 2004

Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional Tomo III*, Coimbra Editora, 1998

Neves, João César das, “*Introdução à Economia*”, 4ª edição, Verbo

Ribeiro, Marilda R. De Sá, “*As joint ventures na indústria do petróleo*”, Renovar, 1997

Artigos de opinião:

Diogo Leónidas Rocha e Bruno Ferreira, “*A essência do project finance*”, in Semanário Económico, Março de 2009.

Sites:

Consultados: www.aipn.org; www.cia.gov - (última vez em 17/07/2009)